

Sous la direction de  
Myriam BENLOLO-CARABOT  
Ulaş CANDAŞ  
Eglantine CUJO

UNION EUROPÉENNE  
ET DROIT INTERNATIONAL

En l'honneur de Patrick DAILLIER

CEDIN

Editions PEDONE  
PARIS

2012

## CHAPITRE 1.

### LES RAPPORTS DE SYSTÈMES AU PLAN UNIVERSEL

Les phénomènes d'interaction entre le droit de l'Union européenne et le droit international atteignent leur point culminant dans les rapports noués par l'Union européenne avec les organisations universelles. A cet égard, la place faite dans l'ordre juridique de l'UE au droit de l'ONU, à travers l'exemple des résolutions du Conseil de sécurité, d'un côté (Section 1), et au droit de l'OMC, de l'autre (Section 2), est particulièrement illustrative de la rencontre des deux ordres juridiques.

#### SECTION 1 – L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE ET L'ORDRE JURIDIQUE DES NATIONS UNIES : LES RÉOLUTIONS DU CONSEIL DE SÉCURITÉ DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UE

ALINA MIRON\*

Le thème de la présente section concerne la place des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) dans l'ordre juridique de l'UE. Ainsi formulé, il renvoie d'emblée à la problématique plus large des rapports de systèmes ou d'ordres juridiques<sup>1</sup>, ce qui justifierait, voire exigerait, de traiter le sujet en partant de la distinction axiomatique entre systèmes monistes et dualistes. On se gardera toutefois de suivre cette voie de trop près, au risque d'emprunter des chemins qu'une doctrine rigoureuse qualifierait d'hérétiques.

Ce n'est pas tant que ces théories soient dépassées, car, même si les réserves à leur rencontre n'ont jamais manqué<sup>2</sup>, force est d'admettre qu'elles se sont

---

\* Doctorante à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense, CEDIN.

<sup>1</sup> Un usage largement répandu accrédite l'idée que les deux termes sont perçus comme équivalents. Pour des exemples de cet usage, voir *inter alia* P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, Paris, 2009, pp. 105-106 ; C. LEBEN « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 19 ou E. JOUANNET, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », in *La Mondialisation entre Illusion et l'Utopie, Archives de philosophie du droit*, 2003, Tome 47, pp. 191-232. Pour une brève explication de cette dualité terminologique, voir A. PELLET, « Préface », in L. BURGORGUE-LARSEN et al. (dir.), *Droit de l'Union européenne et droit international. Les interactions normatives*, Pedone, Paris, 2012, p. 6. D'autres auteurs contemporains font toutefois une distinction, en mettant en avant une conception normative de la notion d'ordre et institutionnelle de celle de système : voir E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « Propos introductifs », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 11-12.

<sup>2</sup> Ces critiques ne datent pas d'hier et sont partagées par une doctrine appartenant à des cultures juridiques très différentes : pour tirer des exemples de quelques auteurs venus de traditions juridiques différentes, voir M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits

installées dans le discours juridique. Elles sont dès lors incontournables par acquis culturel : alpha et oméga des enseignements portant sur les rapports de systèmes, elles exercent une influence considérable sur les réflexes des juges comme sur l'analyste. Ensuite et surtout parce que les concepts structurant ces théories (réception, incorporation, applicabilité immédiate, effet direct) permettent aujourd'hui encore de comprendre et d'expliquer, fût-ce partiellement, les phénomènes d'interaction entre les ordres juridiques. Mais il ne convient pas de prendre ces concepts comme seules boussoles dans l'analyse de la jurisprudence relative aux résolutions, car la pratique judiciaire en a adopté d'autres pour définir l'articulation des ordres de l'Union et des Nations Unies. En empruntant la formule du Professeur Patrick Daillier, on peut dire que « c'est (...) moins d'un "dépassement" du débat [monisme vs. dualisme] qu'il [est] question, que d'un "déplacement" de ses termes »<sup>3</sup>.

D'autres raisons dissuadent de suivre de trop près les lignes de partage entre le dualisme et le monisme pour déterminer la place qu'occupent les résolutions du Conseil de sécurité dans l'ordre de l'UE. D'abord, il n'est guère aisé d'aller du général au particulier : ainsi, si l'on essayait de qualifier l'attitude du juge européen à l'égard des résolutions de dualiste ou bien de moniste, il serait de bonne méthode de commencer par interroger son attitude à l'égard du droit international en général. Or cette dernière n'est ni uniforme ni constante<sup>4</sup>. En l'absence d'une théorie unique des rapports entre l'ordre de l'Union et l'ordre international, il devient par hypothèse impossible de faire une application circonstanciée d'une quelconque vision d'ensemble à la source particulière du droit international que constituent les résolutions du CSNU.

---

internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, pp. 488-505 ; G. SPERDUTI, « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, tome 153, 1976- V, pp. 333-337 ; R. HIGGINS, « Dualism in the Face of a Changing Legal Culture », in *Judicial Review in International Perspective. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, La Haye, 2000, pp. 9-22 ; A. VON BOGDANDY, « Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say : on the Relationship between International and Domestic Constitutional Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 397-413 ou J.-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies : L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, n° 69, 2007, pp. 3-37.

<sup>3</sup> P. DAILLIER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », in R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), *Droit international et droit internes. Rencontres internationales de la Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Pedone, Paris, 1998, p. 11.

<sup>4</sup> « En fait, la jurisprudence en la matière est incertaine, déconcertante même », écrivait le juge P. PESCATORE (« Monisme, dualisme et "effet utile" dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, p. 335). Voir H.-G. KRENZLER, O. LANDWEHR, « "A New Legal Order of International Law": On the Relationship between Public International Law and European Union Law after Kadi », in U. FASTERNATH et al (dir.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 1004-1023 ; S. SZUREK, « Du particularisme à l'autonomie? Esquisse des rapports du droit international public et du droit communautaire », *Annuaire de droit européen* (2007), vol. V, 2010, spéc. pp. 76-78 ; H. GAUDIN, « Un ordre juridique propre : l'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *ibid.* spéc. pp. 16-17 ; A. PETERS, « The Position of International Law within the European Legal Order », *GYIL*, vol. 40, 1997, pp. 9-77, spéc. pp. 18-23 et 32-34.

Ensuite, même en se focalisant uniquement sur les résolutions, et en adoptant les concepts de réception, d'applicabilité immédiate ou bien d'effet direct comme critères d'identification d'une approche moniste ou dualiste, il faudrait rapidement s'avouer dans l'impasse. L'on constate certes sans difficulté une pratique de réception systématique des résolutions dans l'ordre de l'UE par des actes propres à celui-ci. Ce constat fait, l'on devrait *a priori* diagnostiquer l'ordre européen comme étant dualiste, du moins dans ses rapports avec l'ordre des Nations Unies<sup>5</sup>. Mais ce constat, aussi juste soit-il, laisse de nombreuses zones d'ombre : les fondements de cette réception, son caractère impératif pour que les résolutions produisent des effets dans l'ordre de l'Union, ses limites, les conséquences d'une éventuelle absence de réception sur l'applicabilité des résolutions dans l'ordre de l'Union, leur éventuelle invocabilité par des particuliers, voilà autant de questions, centrales à une lecture dualiste, que la jurisprudence ignore, ou effleure au mieux.

Une dernière raison d'éviter ici une lecture dualiste est de ne pas avoir ainsi à discourir trop longuement sur le dessein d'autonomie que la jurisprudence relative aux résolutions met en relief. Conclusion juste, à n'en point douter<sup>6</sup>, mais le raisonnement nous empêcherait d'insister sur ce qui sépare *Kadi* et *Van Gend & Loos*<sup>7</sup>. En 2008, l'Union n'a plus besoin de réaffirmer son autonomie au regard du droit international pour asseoir son efficacité<sup>8</sup>. Dans *Kadi I*, la rhétorique de l'autonomie est d'abord au service de l'affirmation par la Cour de sa compétence juridictionnelle<sup>9</sup>. Elle conduit, par voie de conséquence, à l'affirmation d'un corpus de normes constitutionnelles, au sein même du droit

<sup>5</sup> Voir en ce sens, E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « Propos introductifs », *op. cit.* note 1, pp. 29-30.

<sup>6</sup> Voir, bien évidemment, les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Kadi I* : « Le point de départ logique de notre discussion doit être, bien entendu, l'arrêt de principe *Van Gend & Loos*, dans lequel la Cour a affirmé l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. » (23 janvier 2008, *Kadi I*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, pt 21). Voir aussi, *inter alia*, V. MICHEL et J.-M. THOUVENIN, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat », *LPA*, 1<sup>er</sup> février 2010, n° 22, pp. 11-20 ; M. BENLOLO-CARABOT, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 380-386 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Le jugement des pourvois dans les affaires *Kadi* et *Al Barakaat* : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », *Europe*, n° 11, novembre 2008, pp. 5-11 ; G. DE BÚRCA, « The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi* », *Harvard International Law Journal*, vol. 1, No. 51, 2010, pp. 1-49. Voir aussi les analyses citées dans la note 1.

<sup>7</sup> Arrêt du 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.*, p. 11.

<sup>8</sup> Voir A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADÉ*, (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, vol. V, t. 2, pp. 193-271, spéc. 245-253 ; voir aussi E. DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in *Droit de l'Union européenne et droit international les interactions normatives*, *op. cit.* note 1, pp. 28-29.

<sup>9</sup> L'argument est bien résumé par la Professeure V. MICHEL : « L'autonomie sert à l'évidence l'affirmation de la compétence de la Cour. Cela ressort nettement de l'affaire *Kadi* en raison des particularités mêmes de l'espèce : puisque l'acte communautaire contesté sert la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, et ce sans que le Conseil jouisse de marge d'appréciation pour ce faire, juger de la légalité du règlement peut conduire à juger également de la résolution du Conseil de sécurité. » (*op. cit.* note 6, p. 12).

primaire<sup>10</sup>. Insister sur la rhétorique de l'autonomie permet certes à l'analyste de critiquer une position qui apparaît comme une forme regrettable d'insularisme<sup>11</sup>. Mais, en même temps, il devient difficile de mettre en évidence les subtilités d'une jurisprudence tout en nuances, qui, dans un même arrêt, mêle considération à l'égard du rôle du CSNU, et donc de ses actes, et franc réquisitoire des modalités particulières par lesquelles le CSNU remplit son rôle.

Toutes ces subtilités sont visibles dans l'arrêt *Kadi I* de la CJCE<sup>12</sup>, arrêt-phare pour la définition de la place des résolutions dans l'ordre de l'UE. Certes, il n'est ni le premier ni le dernier des arrêts de la Cour de Luxembourg qui porte sur les résolutions. Mais il est fondamental à plus d'un titre : c'est à la fois un arrêt de continuité, où certaines des solutions dégagées antérieurement sont réaffirmées, et de rupture, car la Cour impose une approche radicalement nouvelle des rapports entre l'ordre de l'Union et l'ordre des Nations Unies, à une époque où l'activité normative du Conseil de sécurité a acquis une importance quantitative et qualitative considérable. C'est un arrêt qui apporte des réponses aux nombreuses questions engendrées par le développement exponentiel de l'activité normative du Conseil de sécurité et sa reprise conséquente par les institutions de l'UE, mais qui en laisse également un bon nombre en suspens. C'est un arrêt d'ouverture envers l'ordre des Nations Unies et de retranchement derrière l'autonomie de l'ordre de l'Union.

C'est ce mouvement de balancier qu'on tentera de mettre en évidence, en laissant toutefois de côté la problématique de la cohérence et de la prévisibilité des solutions jurisprudentielles, de leur capacité à éviter les impasses et la confrontation sans issue entre l'ordre de l'Union et l'ordre des Nations Unies<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Sur ces processus convergents d'autonomisation et de constitutionnalisation, voir L. BOURGOGNE-LARSEN, « Existe-t-il une "approche européenne" du droit international ? Eléments de réponse à partir de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Droit international et diversité des cultures juridiques. Colloque franco-allemand*, Pedone, Paris, 2008, pp. 258-268.

<sup>11</sup> La Professeure G. DE BURCA critique les « chauvinist and parochial tones » (*op. cit.* note 6, p. 4) et le Professeur TOMUSCHAT accuse cette forme d'*impérialisme des valeurs* (terme emprunté à N. LAVRANOS, « The Impact of the Kadi Judgment on the International Obligations of the EC Member States and the EC », *Yearbook of European Law* (2009), vol. 28, 2010, p. 624) comme étant « parochial and campanilistico » (« The Kadi Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order? », *Yearbook of European Law* (2009), vol. 28, 2010, p. 662). Le Professeur M. FORTEAU considère que cette position de la Cour, les yeux rivés sur l'ordre public européen, rend moins audible le message universel de l'UE (« La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations Unies. Quelques remarques iconoclastes », *RMCUE*, n° 529, 2009, p. 400).

<sup>12</sup> CJCE, Grande chambre, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne*, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-06351.

<sup>13</sup> Certes, la Cour a déjà réussi, dans l'arrêt *Kadi I*, à contourner la difficulté, par le biais d'un bricolage juridique temporaire et non d'une vision d'ensemble. Il s'agit du report dans le temps des effets de l'annulation, qui a donné en pratique le temps au Conseil de remplacer l'acte annulé par un nouvel acte, adopté suite à une procédure plus respectueuse des droits de la défense (*ibid.* pt. 376). Savoir si cette nouvelle procédure mise en place par le Conseil respecte pleinement les droits humains est une toute autre question, au cœur actuellement du pourvoi dans *Kadi II* (voir les aff. jointes C-584/10 P, aff. C-593/10 P, aff. C-595/10 P, pourvoi en cours contre l'arrêt *Kadi II* du TPIUE, 30 septembre 2010, aff. T-85/09). Voir aussi *infra* note 73.

Ces questions, fondamentales, nécessitent des développements autrement plus structurés que ceux que les limites de la présente section permettent d'envisager. Mais elles apparaissent d'autant plus légitimes lorsqu'on comprend que l'édifice jurisprudentiel repose sur une ambiguïté délibérée, car la Cour ne répond qu'implicitement à la question de savoir si l'UE est liée par les résolutions obligatoires du CSNU (§ 1). Cette ambiguïté n'est paradoxalement pas un obstacle à la prise en considération marquée des résolutions dans l'ordre de l'Union (§ 2). Elle a en outre la vertu de conforter la fiction judiciaire selon laquelle, eu égard à la séparation formelle des ordres juridiques de l'Union et des Nations Unies, le contrôle de la Cour ne porte que sur le règlement communautaire et n'affecte en rien les effets des résolutions dans l'ordre international (§ 3). En dépit de ces savantes esquives, la jurisprudence relative aux résolutions laisse une impression d'improvisation et de bricolage censé écarter le risque d'une confrontation ouverte entre les obligations onusiennes de l'Union – si obligation il y a – ou, sinon, de ses Etats membres, et les normes suprêmes de l'ordre de l'Union. Ces solutions au cas par cas ne sont guère satisfaisantes, et nombre d'auteurs s'accordent à souligner la nécessité d'un mécanisme général de coordination des ordres juridiques, qui assure la coexistence "pacifique" de l'ordre de l'Union et de celui des Nations Unies (§ 4).

## § 1 – L'application des résolutions du CSNU, une obligation juridique de l'Union ?

### I – Une obligation incertaine en droit international général

L'UE n'étant pas membre des Nations Unies, on se demande naturellement si elle est néanmoins liée par les résolutions obligatoires du CSNU<sup>14</sup>. Si obligation il y a, quels en seraient les fondements ? La réponse à cette question devrait normalement être recherchée dans l'ordre international, car il s'agit de savoir si les actes d'un sujet du droit international (les Nations Unies, et en particulier les actes d'un de ses organes, le Conseil de sécurité), peuvent engendrer des obligations juridiques pour un autre sujet du droit international, l'Union européenne. Mais le droit international n'offre pas de solution tranchée<sup>15</sup>. Certes,

<sup>14</sup> L'article 25 de la Charte des Nations Unies fonde le caractère obligatoire des décisions du Conseil de sécurité à l'égard des Etats membres.

<sup>15</sup> En consultant par exemple le commentaire de l'article 4 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, l'on voit que le cas de figure qui nous préoccupe n'est pas envisagé et que seuls les fondements conventionnels et coutumiers des obligations sont rappelés : « L'autre élément indispensable, examiné au chapitre III, est que le comportement constitue une violation d'une obligation de droit international. Cette obligation peut découler soit d'un traité liant l'organisation internationale, soit de toute autre source de droit international applicable à l'organisation. Comme la Cour internationale de Justice l'a noté dans son avis consultatif sur l'*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, l'organisation internationale est "liée[e] par toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international, son acte constitutif ou les accords internationaux auxquels [elle] est partie" (CIJ Recueil 1980, pp. 89 et 90, § 37). Une violation est donc possible à l'égard de l'une quelconque de ces obligations internationales. » (Rapport de la Commission du droit international, *Documents*

le projet d'article 10 des Articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales prévoit :

« Article 10

Existence de la violation d'une obligation internationale

1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de l'organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle qu'en soit l'origine ou la nature.
2. Le paragraphe 1 s'applique également à la violation de toute obligation internationale d'une organisation internationale envers ses membres qui peut découler des règles de l'organisation ».

A côté des hypothèses où l'obligation d'une organisation trouve son fondement dans les principes du droit international, le paragraphe 2 souligne expressément la possibilité que les règles (internes) de l'organisation pourvoient un tel fondement. L'Union pourrait alors être liée en vertu des règles découlant des traités. Mais le projet d'article 10, paragraphe 2, en limite la portée à l'égard des membres de l'organisation, seuls créanciers des obligations dues par l'organisation en vertu de cette règle d'engagement, et, dès lors, seuls en titre d'en exiger éventuellement le respect. Par ailleurs, le commentaire de cette disposition ne manque de souligner combien cette hypothèse est entourée d'incertitudes, en raison de l'effet relatif des traités, fussent-ils constitutifs d'une organisation internationale, qui les empêche de produire des effets à l'égard des tiers et donc en dehors de l'ordre de l'organisation<sup>16</sup>.

En l'absence d'obligation conventionnelle pour l'UE de mettre en application les résolutions du CSNU, plusieurs théories s'affrontent. Comme le résume la Professeure Laurence Boisson de Chazournes :

« Trois approches peuvent être cernées. Selon une première approche, les organisations internationales ne sont pas tenues par les résolutions du Conseil de

---

*officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément N° 10 (A/66/10), 2011, p. 82, § 2 du commentaire du projet d'article 4, italiques ajoutés).*

<sup>16</sup> « On peut se demander si toutes les obligations découlant des règles de l'organisation doivent être considérées comme des obligations internationales. La nature juridique des règles de l'organisation est plutôt controversée. Pour beaucoup, les règles des organisations créées par traité font partie du droit international. Pour d'autres auteurs, bien que les organisations internationales soient créées par des traités ou d'autres instruments relevant du droit international, le droit interne de l'organisation, une fois celle-ci créée, ne fait pas partie du droit international. Selon une autre opinion, qui est confirmée par la pratique, les organisations internationales parvenues à un haut degré d'intégration constituent un cas particulier. Selon une troisième opinion, il convient de distinguer les règles de l'organisation selon leur source et la matière qu'elles régissent et d'exclure du domaine du droit international certaines règles administratives, par exemple. (...) »

Bien qu'aux fins du présent projet d'articles la question de la nature juridique des règles de l'organisation soit loin d'être théorique, car elle affecte l'applicabilité des principes du droit international régissant la responsabilité pour les violations de certaines obligations découlant des règles de l'organisation, le paragraphe 2 n'exprime pas une position bien arrêtée sur ce point, mais vise simplement à indiquer que dans la mesure où une obligation découlant des règles de l'organisation doit être considérée comme une obligation relevant du droit international, les principes exprimés dans les présents articles s'appliquent. Les violations d'obligations imposées par les règles de l'organisation ne sont pas toujours des violations d'obligations de droit international. » (*ibid.* pp. 101-102, §§ 5 et 7 du commentaire du projet d'article 10, notes de bas de pages omises).

sécurité, la Charte des Nations Unies ne prévoyant rien sur les organisations internationales dans ses articles pertinents (art. 25 et 103) (...). Selon une deuxième approche, s'appuyant sur la nature objective de la Charte<sup>17</sup>, les articles 25 et 103 s'appliquent également aux organisations internationales, lesquelles sont alors directement obligées de respecter les résolutions du Conseil de sécurité. (...) Enfin, selon une troisième approche, les organisations internationales sont indirectement tenues de respecter les résolutions du Conseil de sécurité, soit à travers la théorie de la succession appliquée par le Tribunal de première instance en l'affaire *Kadi* (...), soit dans les cas où le Conseil de sécurité s'adresse explicitement dans ses résolutions aux organisations internationales »<sup>18</sup>.

Il y a des arguments en faveur de l'une ou l'autre de ces théories qui, toutes, mettent à la charge de l'Union l'obligation de se conformer aux résolutions du CSNU. S'agissant de la dernière hypothèse, il convient de rappeler que la CIJ a pu, dans son avis consultatif relatif à la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, implicitement connoter qu'une entité distincte d'un Etat membre est liée par des résolutions prises sur la base du chapitre VII, *si elle en est destinataire*<sup>19</sup>. Par ailleurs, les résolutions imposant des sanctions ciblées s'adressent de plus en plus souvent, pour leur mise en œuvre, à la fois aux Etats et aux organisations régionales<sup>20</sup>. L'on peut dès lors affirmer que le droit international n'est pas hostile à la reconnaissance d'un effet absolu aux résolutions, du moins lorsqu'elles s'adressent explicitement à certaines entités non étatiques.

## II – Une obligation aux contours flous dans l'ordre de l'Union

Par ailleurs, la théorie de la succession<sup>21</sup> a pu avoir les faveurs du juge de l'Union<sup>22</sup>. C'est sur cette base que le Tribunal de première instance a fourni un

<sup>17</sup> *Contra*, voir toutefois M. FORTEAU, « Le dépassement de l'effet relatif de la Charte », in R. CHEMAIN, A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Pedone, Paris, 2006, pp. 121-159.]

<sup>18</sup> L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI*, vol. 347, 2010, pp. 379-380, note de bas de page 993 (références omises). Pour l'identification des tenants de telle ou telle approche, voir justement les références ici omises. Voir aussi N. LAVRANOS, « UN Sanctions and Judicial Review », in J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER, E. DE WET (dir.), *The Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States*, TMC Asser Press, La Haye, 2008, pp. 191-194.

<sup>19</sup> CIJ, avis consultatif, 22 juillet 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, §§ 115-118.

<sup>20</sup> Pour des exemples, voir K. TSHIBANGU, *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, Larcier, Bruxelles, 2009, pp 58-61.

<sup>21</sup> Cette théorie a connu sa fortune en droit européen (voir *infra* note 22). Mais elle est d'inspiration internationaliste (voir P. PESCATORE, *op. cit.* note 4, p. 336). En droit international, comme remarquait T. FRANCK, elle connaît plusieurs déclinaisons, qui permettent de fournir un fondement à des obligations qui s'imposent alors aux sujets du droit international, au-delà même de tout consentement : « Thus new states are deemed to be obliged to comply with the duties of statehood not because they agree to do so, but because they have satisfied requirements for the recognition of their right to membership in the community. The obligations, so to speak, come with the rights. States may also "inherit" certain rights and duties from a "parent" state of which they were previously a part, again not by virtue of consent but as a concomitant of status. Successor governments, too, inherit rights and obligations from their predecessors in a similar fashion. » (T. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford University Press, New York, 1990, pp. 190-191).



fondement au caractère obligatoire des résolutions, même s'il n'est pas allé jusqu'à considérer que cette théorie soit d'application dans l'ordre international, se satisfaisant de sa positivité dans l'ordre de l'UE<sup>23</sup>.

Dans ce contexte, le refus de la Cour d'aborder de front le sujet n'en apparaît que plus déconcertant : ni l'arrêt *Kadi*, ni les suivants, n'apportent de réponse univoque à la question du caractère obligatoire des résolutions du CSNU à l'égard de l'Union, et encore moins du fondement d'une telle obligatorité<sup>24</sup>.

L'arrêt *Kadi* est certes traversé par une terminologie appartenant au champ sémantique de l'obligatorité<sup>25</sup>, mais ceci ne saurait camoufler la réticence de la Cour à poser le problème juridique en ces termes, alors même qu'ils apparaissent comme un préalable indispensable à la détermination des rapports entre l'ordre de l'UE et l'ordre des Nations Unies. Car comment pourrait-on apporter des réponses cohérentes sur la place des résolutions du CSNU si l'on fait l'impasse sur la question de savoir si l'UE et ses institutions ont une obligation juridique de les mettre en œuvre ?!

Ce parti pris de la Cour de contourner la question est d'autant plus étonnant qu'il ne suit guère une méthodologie jurisprudentielle plutôt rôdée<sup>26</sup>. Il contraste

<sup>22</sup> CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company NV*, aff. jointes 21-24/72, *Rec.*, p. 1228. La Cour est de plus en plus avare à reconnaître que les conditions de la succession sont remplies. Ainsi a-t-elle récemment précisé que seul un transfert intégral de compétences des Etats vers l'Union peut justifier que la dernière soit liée en vertu de la théorie de la succession (CJCE, Grande chambre, 3 juin 2008, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) et al. c. Secretary of State for Transport*, aff. C-308/06, *Rec.*, p. I-04057, pt. 49). Voir aussi, dans cet ouvrage, U. CANDAŞ, « La capacité conventionnelle de l'Union européenne », *supra*, Partie II, Titre 1, Chapitre I, Section 1.

<sup>23</sup> TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi I*, aff. T-315/01, pts. 191-204. Sur la censure, par la Cour, de l'application de cette théorie à l'égard des obligations de la Charte, voir U. CANDAŞ et A. MIRON, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, pp. 774-775.

<sup>24</sup> Inversement, le Professeur J.-M. Thouvenin considère que la Cour a tranché, en répondant par la négative (*op. cit.* note 6, p. 16, § 5).

<sup>25</sup> Voir par exemple : « [L]es compétences de la Communauté prévues aux articles 177 CE à 181 CE en matière de coopération et de développement doivent être exercées *dans le respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies* » (CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* pt. 292, italiques ajoutés) ; « *Le respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies s'impose tout autant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, lors de la mise en œuvre par la Communauté, par l'adoption d'actes communautaires pris sur le fondement des articles 60 CE et 301 CE, de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies.* » (pt. 292, italiques ajoutés) ; dans le même esprit, voir aussi CJUE, Grande chambre, 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran c. Conseil*, aff. C-548/09 P, au pt. 105 : « La Cour a cependant jugé également que, sans pour autant que cela remette en cause la primauté d'une résolution du Conseil de sécurité au plan international, *le respect s'imposant aux institutions communautaires à l'égard des institutions des Nations Unies ne pouvait avoir pour conséquence l'absence de contrôle de la légalité de l'acte communautaire au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire* » [italiques ajoutés]. L'on remarque, de même, que si la Cour mentionne le « respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies » (*Kadi I*, pts. 292-293), elle laisse toujours dans un limbe l'identification des auteurs de ces engagements : est-ce à l'Union, est-ce aux Etats membres qu'elle se réfère ? Pour une critique du désintérêt de la Cour à l'égard d'un aspect somme toute fondamental, voir C. TOMUSCHAT, *op. cit.* note 11, pp. 656-658.

<sup>26</sup> Pour une détermination préalable, bien qu'implicite, du caractère obligatoire pour l'Union des normes internationales invoquées, voir la jurisprudence classique sur les sources du droit

singulièrement avec l'autre grand arrêt de l'année 2008 sur la place de certaines conventions internationales dans l'ordre de l'Union, l'arrêt *Intertanko*<sup>27</sup>. Dans ce dernier arrêt, la Cour a, dans un premier temps, déterminé pour chacune des conventions invoquées si l'Union était liée par elles, et à quel titre. Ayant conclu que *non* en ce qui concerne la Convention Marpol 73/78, cette détermination négative a rendu *ipso jure* dépourvues d'objet les interrogations relatives à l'applicabilité immédiate ou à l'effet direct de cette convention internationale. Par voie de conséquence automatique, la Cour a excipé de son incompétence pour contrôler le droit dérivé par rapport à ces normes, qui sont en dehors du bloc de légalité<sup>28</sup>.

Assurément, dans *Kadi I* la Cour consacre de longs développements au rôle central des Nations Unies et du Conseil de sécurité en particulier<sup>29</sup> dans l'architecture institutionnelle internationale, aux égards dus par l'Union à ce rôle et aux engagements pris dans le cadre des Nations Unies. Ces développements apparaissent toutefois comme autant de divagations, puisque, au moment d'en tirer les conséquences juridiques, la Cour se garde d'identifier une obligation positive pour l'Union de se conformer aux résolutions du CSNU. Dans un passage-clé de l'arrêt, elle conclut :

« [S]i, du fait de l'adoption d'un tel acte [une position commune ou une action commune], la Communauté est tenue de prendre, dans le cadre du traité CE, les mesures qu'impose cet acte, cette obligation implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies, que, lors de l'élaboration de ces mesures, la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des obligations pertinentes découlant de la charte des Nations Unies relatives à une telle mise en œuvre »<sup>30</sup>.

Deux remarques s'imposent à la lecture de ce paragraphe : d'une manière positive, il esquisse une stratégie pour appréhender la portée des résolutions dans l'ordre de l'Union ; nous y reviendrons<sup>31</sup>. D'une manière négative, la Cour n'identifie une obligation pour la Communauté qu'à partir du moment où les Etats membres ont arrêté une position commune dans le cadre du jadis pilier intergouvernemental de la PESC. Doit-on en conclure, par implication, qu'une telle obligation n'existait pas avant que cet acte-condition ait vu le jour<sup>32</sup> ?

---

international : pour les accords conclus par la Communauté, CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.*, p. 459, pt. 5 ; pour les actes des organes de certains accords externes, voir CJCE, 20 septembre 1990, *Sevince*, aff. C-192/89, *Rec.*, p. I-3500, pts. 8-9 ; pour les règles coutumières, CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, *Rec.*, p. I-3704, pt. 46).

<sup>27</sup> « *Premièrement*, la Communauté doit être *liée* par ces règles » (*Intertanko*, arrêt précité note 22, pt. 44, italiques ajoutées). Ou encore : « En effet, l'Union doit tout *d'abord* être *liée* par ces règles. » (CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America et al. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, pt. 52, italiques ajoutées).

<sup>28</sup> *Ibid.* pts. 50 et 52.

<sup>29</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 294 ; voir aussi CJUE, *Bank Mellî Iran*, *op. cit.* note 25, pt. 115.

<sup>30</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 296.

<sup>31</sup> Voir *infra*.

<sup>32</sup> Au regard des multiples ambiguïtés de l'arrêt *Kadi* sur ce point, on se gardera de proposer une interprétation par trop définitive. Dans l'économie générale du traité, la position commune apparaît

Le Traité de Lisbonne a renforcé les arguments textuels devant conduire à la conclusion que l'Union est liée par les obligations de la Charte. Plusieurs amendements en ce sens ont été apportés<sup>33</sup> et la Déclaration n° 13, bien qu'ayant une simple valeur interprétative, prévoit en termes clairs que « l'Union européenne et ses Etats membres demeureront *liés* par les dispositions de la Charte des Nations Unies et, en particulier, par la responsabilité principale incombant au Conseil de sécurité et à ses Etats membres du maintien de la paix et de la sécurité internationales »<sup>34</sup>.

L'on se demande toutefois pour quelles raisons la Cour a-t-elle suivi ce raisonnement tortueux dans *Kadi I*. L'on songe d'abord au fait qu'une affirmation trop tranchée d'une obligation pour l'Union de mettre en conformité ses règles avec celles du Conseil de sécurité aurait pu entraîner de délicates questions quant à la répartition des compétences dans ce domaine entre l'UE et ses Etats membres pour la mise en œuvre des résolutions<sup>35</sup>. L'affirmation d'une obligation originelle pour l'Union de mettre en œuvre les résolutions aurait pu conduire à considérer l'UE tenue de les transposer systématiquement et inconditionnellement. Alors qu'en insistant sur la nécessité d'une décision intergouvernementale dans le cadre de la PESC la Cour retient, au contraire, une position nettement moins attentatoire à la compétence de principe des Etats<sup>36</sup>.

---

comme au moins un acte-condition. C'est en ce sens qu'il faut entendre les conclusions de la Cour dans *Bank Mellî Iran*, *op. cit.* note 25 : « Quant à la nécessité d'inclure la position commune 2007/140 parmi les bases juridiques, défendue par la requérante, il suffit de constater qu'elle est contredite par le texte même de l'article 301 CE, qui prévoit la possibilité d'adopter des mesures communautaires lorsqu'une position commune ou une action commune adoptées en vertu des dispositions du traité UE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, relatives à la PESC prévoient une action de la Communauté. Ce texte indique que *la position commune ou l'action commune doivent exister pour que des mesures communautaires puissent être adoptées*, mais non que ces mesures doivent être fondées sur cette position commune ou cette action commune. » (pt. 70, italiques ajoutées). La nécessité d'une position commune peut également être regardée comme l'expression de l'absence d'un titre de compétence, pour l'Union, de prendre des sanctions ciblées. Voir en ce sens la contribution dans cet ouvrage du Professeur Alain Pellet qui identifie dans les actes de la coopération intergouvernementale la source de la compétence de l'Union (avant Lisbonne, de la Communauté) de prendre des sanctions à l'égard d'Etats tiers ou de personnes privées. Certains auteurs considèrent que la Communauté n'était pas compétente pour prendre ces mesures, du moins pas avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (voir C. ECKES, « Judicial Review of European Anti-Terrorism Measures: The *Yusuf* and *Kadi* Judgments of the Court of First Instance », *ELJ*, vol. 14, n° 1, 2008, p. 81).

<sup>33</sup> Voir les articles 2, § 5, et 21 du TUE.

<sup>34</sup> Déclaration n° 13 sur la politique étrangère et de sécurité commune annexée au Traité du 13 décembre 2007 [italiques ajoutées].

<sup>35</sup> Bien qu'en pratique les résolutions de sanction soient mises en œuvre principalement par des instruments de l'Union, les Etats membres n'en gardent pas moins une compétence de principe, même si résiduelle, pour le faire. Voir en ce sens U. CANDAS et A. MIRON, *op. cit.* note 23, pp. 778-782.

<sup>36</sup> Le Traité de Lisbonne n'a pas modifié substantiellement la donne, même si le nouvel article 75 TFUE fournit aux institutions une base pour prendre des sanctions autonomes anti-terroristes. Mais, s'agissant de la mise en œuvre des listes onusiennes, l'article 215 TFUE maintient la nécessité d'une décision PESC qui investisse le pilier gouvernemental de la compétence de mettre en œuvre des sanctions du Conseil de sécurité. Sur la distinction entre listes autonomes et listes d'exécution, voir H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 234-236 ; U. CANDAS et A. MIRON, *op. cit.* note 23, pp. 770-772. L'articulation entre ces dispositions n'étant pas claire, le Parlement européen a introduit un recours qui conteste

Par ailleurs, cette attitude permet à la Cour de postuler l'existence d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des résolutions par les institutions de l'UE, lorsque ces dernières peuvent difficilement être lues en ce sens<sup>37</sup>. En revanche, cette marge existe par nature si l'on considère que le rôle de l'Union n'est pas de se conformer aux résolutions, mais d'en tenir dûment compte dans le cadre de son action normative : en effet, quand la mise en œuvre résulte d'un acte de volonté propre de l'UE, il est de bon sens de considérer que ses modalités peuvent également être modulées par les institutions. Qui peut le plus, peut le moins.

## § 2 – La coordination des ordres juridiques par la prise en considération des résolutions

L'ambiguïté qu'entretient la Cour, quant à l'existence ou du moins au fondement d'une obligation de l'Union de mettre en œuvre les résolutions, a pour nécessaire corollaire que les résolutions ne sont pas considérées comme des normes applicables dans l'ordre de l'Union, mais seulement comme des normes dont il convient « de tenir dûment compte ». Derrière cette expression, constante dans la jurisprudence de la Haute Juridiction, se profile une autre des modalités de coordination entre les ordres juridiques : la coordination par la prise en considération. A ce sujet, les réflexions des privatistes, pour lesquels les rapports entre les ordres juridiques constituent le pain quotidien, sont particulièrement pertinentes. Pierre Mayer distinguait ainsi l'application et la prise en considération :

« Formellement, la prise en considération se distingue de l'application en ce que la règle appliquée fournit elle-même la solution substantielle de la question posée tandis que la règle prise en considération est intégrée dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle, et dont l'effet juridique détermine seul la substance de la relation juridique »<sup>38</sup>.

### I – L'absence d'application autonome des résolutions dans l'ordre juridique de l'Union

Il est aisé de constater que les résolutions du CSNU ne trouvent pas d'application autonome dans l'ordre de l'Union ; mais ceci n'exclut pas une application indirecte entraînée par l'application d'une norme européenne qui vise à mettre en œuvre (ou à *transposer*, selon le terme utilisé par certains rapports étatiques adressés aux comités des sanctions<sup>39</sup>) la résolution. Cette visée normative de l'acte européen

---

l'utilisation de l'art. 215 TFUE pour l'adoption du règlement n° 1286/2009. Les conclusions de l'Avocat général Yves Bot retiennent l'art. 215 comme base juridique des actes qui visent à transposer les résolutions (aff. C-130/10, pts. 66-67 des conclusions du 31 janvier 2012).

<sup>37</sup> Voir *infra*.

<sup>38</sup> P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n°2, 1986, p. 484. Voir aussi du même auteur « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques. Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 327, 2007, pp. 117-118.

<sup>39</sup> Voir le rapport de la France au Comité du Conseil de sécurité établi par la résolution 1970 (2011) concernant la Libye (doc. des NU S/AC.52/2011/42, 13 décembre 2011, point I).

(un règlement, le plus souvent) est transparente dans le préambule de l'acte, qui identifie systématiquement la ou les résolutions qui ont appelé son édicton. L'on pourrait y voir, ici encore, l'expression d'un dualisme opiniâtre : la résolution n'est applicable que parce que, et dans la mesure où, une norme européenne vient lui donner vie dans l'ordre de l'Union<sup>40</sup>. La transposition ou l'incorporation seraient ainsi la condition de son applicabilité.

On aurait toutefois tort de s'appuyer sur un tel exemple pour énoncer l'exigence d'une incorporation de la règle internationale dans l'ordre de l'Union afin que cette dernière puisse déployer ses effets. S'agissant du cas particulier des résolutions du CSNU, la Cour elle-même n'a pas énoncé une quelconque règle de l'incorporation pour qu'elles puissent produire leurs effets. La conduite des institutions, qui mettent systématiquement en œuvre les résolutions<sup>41</sup>, l'a évidemment dispensée d'une prise de position sur ce sujet. Mais cette pratique elle-même, aussi uniforme fût-elle, ne suffit pas pour créer une obligation d'incorporation.

Il ne s'agit pas ici de contester l'évidence de la séparation des deux ordres juridiques, mais seulement de mettre en doute l'impératif de l'incorporation en tant que méthode d'articulation entre les ordres. La séparation est en revanche incontestable et la Cour l'a fait ressortir avec emphase dans son récent arrêt, *Bank Melli Iran* :

« Il importe au préalable de rappeler que les résolutions du Conseil de sécurité, d'une part, et les positions communes du Conseil ainsi que les règlements de ce dernier, d'autre part, *relèvent d'ordres juridiques distincts*.

Les résolutions du Conseil de sécurité (...) ont été adoptées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies à laquelle ni l'Union ni la Communauté ne sont parties. Les positions communes du Conseil en matière de PESC (...) ont été adoptées dans le cadre du titre V du traité UE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, conformément à l'article 15 de celui-ci. Quant aux règlements du Conseil (...), ils ont été adoptés dans le cadre du traité CE, lequel constitue le pilier communautaire de l'Union.

Les actes adoptés dans le cadre, d'une part, des Nations Unies et, d'autre part, de l'Union le sont par *des organes qui disposent de pouvoirs autonomes, qui leur sont attribués par leurs chartes de base que sont les traités qui les ont créés* »<sup>42</sup>.

Dans cette conception normative et fonctionnelle de l'ordre juridique que celle affichée ici par la Cour, le fondement – entendu comme source de compétence qui permet aux institutions de l'Union d'agir – et la base juridique d'un acte se confondent. Or, dans ce monde-là, seul le droit primaire ("la charte de base" selon l'expression de la Cour) fixe les pouvoirs des institutions. Cette proposition a pour corollaire que le contrôle juridictionnel de l'exercice, par les institutions, de leurs compétences ne peut prendre, comme normes de référence, que celles relevant du droit primaire. Il en résulte que le juge ne considère pas les

<sup>40</sup> Voir aussi *supra*.

<sup>41</sup> Il faut toutefois noter le cas où l'Union n'est pas matériellement compétente pour mettre en œuvre des sanctions, comme par exemple dans le cas des embargos sur les armes.

<sup>42</sup> CJUE, *Bank Melli Iran*, *op. cit.* note 25, pts. 100-102 [italiques ajoutées].

résolutions comme faisant partie du bloc de légalité par rapport auquel il apprécie la validité des actes des institutions<sup>43</sup>.

Le fait que les résolutions ne constituent pas le fondement juridique des règlements de mise en œuvre n'invalide pas l'observation que ces actes sont dépendants de ceux du Conseil de sécurité : les préambules de la réglementation européenne pertinente l'admettent par leurs renvois systématiques aux résolutions<sup>44</sup> ; en outre, l'Union a mis en place des procédures administratives pour que les modifications des régimes au niveau du Conseil de sécurité puissent être transposées, et donc devenir effectives dans l'ordre de l'Union, dans les meilleurs délais. Les listes adoptées au niveau des comités des sanctions sont ainsi automatiquement transposées dans l'ordre de l'Union<sup>45</sup>.

Par ailleurs, le principe de la prise en considération vient renforcer le lien qui unit ces actes appartenant à des ordres juridiques distincts, étant ainsi porteur de conséquences normatives.

<sup>43</sup> C'est ainsi que peuvent être interprétées les formules de l'arrêt *Bank Melli Iran* : « Ces éléments supportent à suffisance la conclusion du Tribunal, figurant au point 64 de l'arrêt attaqué, selon laquelle le pouvoir conféré au Conseil par l'article 7, paragraphe 2, du règlement n° 423/2007 est un pouvoir autonome. A cet égard, une obligation de « tenir dûment compte » des termes et des objectifs de la résolution concernée ne va en rien à l'encontre de la constatation que le Conseil statue de manière autonome, dans le respect des règles de son propre ordre juridique. Dès lors, contrairement à ce que soutient la requérante, le Tribunal ne s'est pas contredit en relevant, au point 52 de l'arrêt attaqué, la pertinence des résolutions du Conseil de sécurité, tout en décrivant le pouvoir du Conseil comme autonome, aux points 64 et 65 dudit arrêt.

Le Tribunal a considéré, au point 65 de l'arrêt attaqué, que *le contenu et les objectifs de la résolution 1803 (2008) ne constituaient pas un critère au regard duquel la compatibilité de la décision litigieuse avec le principe de proportionnalité devait être appréciée*. Cette affirmation doit être comprise à la lumière du texte de la résolution 1803 (2008), qui n'impose pas aux Etats des mesures précises, mais leur demande de faire preuve de vigilance, s'agissant des activités exercées par les institutions financières sises sur leur territoire, en particulier Bank Melli Iran, afin d'éviter que ces activités concourent à des activités posant un risque de prolifération nucléaire. » (*op. cit.* note 25, pts. 106-107, italiques ajoutés).

<sup>44</sup> Les considérants de ces préambules soulignent ainsi qu'il s'agit bien d'actes de mise en œuvre (« La position commune 2004/852/PESC prévoit la mise en œuvre des mesures définies dans la résolution (UNSCR) 1572 (2004) du Conseil de sécurité des Nations Unies », Règlement 174/2005 du Conseil du 31 janvier 2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire, considérant 2, italiques ajoutés) ; ou encore expliquent que l'acte UE est pris sur la base de l'acte onusien (« La décision 2011/412/PESC a modifié la décision 2010/656/PESC sur la base de la résolution 1980 (2011) du Conseil de sécurité des Nations Unies », Règlement (UE) n° 668/2011 du Conseil du 12 juillet 2011 modifiant le règlement (CE) n° 174/2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire, considérant 3, italiques ajoutés).

<sup>45</sup> La Commission est investie de la compétence de transposition des listes des comités des sanctions (pour le comité 1267 concernant Al Qaida, voir le règlement CE n° 881/2002, du 22 mai 2002, *JOCE* n° L 139, 29 mai 2005, modifié par le règlement UE n° 1286/2009, *JOUE* n° L 346, 23 décembre 2009 ; par exemple, l'article 7 bis de ce dernier précise que « 1. Lorsque le Conseil de sécurité des Nations Unies ou le comité des sanctions décide d'inscrire pour la première fois sur la liste récapitulative une personne physique ou morale, une entité, un organisme ou un groupe, la Commission, dès que le comité des sanctions a communiqué l'exposé des motifs, prend la décision d'inscrire la personne, l'entité, l'organisme ou le groupe sur la liste de l'annexe I »).

## II – Les significations du principe de prise en considération

Selon la Cour, ce principe s'adresse à la fois au législateur et au juge de l'Union ; il joue aussi bien en amont, lorsque les institutions prennent des actes pour mettre en œuvre les résolutions, et en aval, lorsque le juge applique, et donc interprète, ces actes :

« [C]ette obligation [résultant de l'acte PESC] implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations Unies, que, *lors de l'élaboration* de ces mesures, *la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée* ainsi que *des obligations pertinentes* découlant de la charte des Nations Unies relatives à une telle mise en œuvre.

Par ailleurs, la Cour a déjà jugé que, aux *fins de l'interprétation* du règlement litigieux, il y a également lieu de *tenir compte du texte et de l'objet* de la résolution 1390 (2002), que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre »<sup>46</sup>.

La prise en compte des résolutions par les institutions appelle peu de remarques. L'on note toutefois que, pour la Cour, le devoir de prise en considération est plus qu'une simple exigence de bonne foi, voire de bon sens dirait-on, car il serait bien difficile aux institutions d'ignorer les résolutions que leurs actes tendent justement à mettre en œuvre. La Cour y voit une obligation autonome, encore que médiate, dans la mesure où un acte PESC est nécessaire<sup>47</sup>. Il est d'ailleurs certain que les institutions se considèrent tenues de suivre de près les termes et les objectifs des résolutions qu'elles mettent en œuvre : leurs positions dans le cadre du contentieux lié à la mise en œuvre des résolutions en témoignent<sup>48</sup>. En outre, la Cour ne se réfère pas uniquement à la prise en compte des résolutions, mais elle rajoute les « obligations pertinentes découlant de la charte des Nations Unies relatives à une telle mise en œuvre ». Ces termes sont vastes, et leur portée difficile à saisir sans plus de contextualisation.

La prise en considération des résolutions par le juge, dans le processus d'interprétation de la norme européenne, apparaît comme un reflet logique de cette première exigence imposée au législateur. Mais c'est bien la prise en considération judiciaire qui donne toute la mesure de la place qu'occupent les résolutions dans l'ordre de l'Union. On peut faire quelques remarques cursives à propos d'une jurisprudence qui apparaît à la fois comme constante et elliptique.

L'on constate que, dès ses premiers arrêts relatifs à des actes communautaires de mise en œuvre des résolutions, la Cour a insisté sur le fait que les résolutions du CSNU font partie du contexte d'interprétation et des objectifs de l'acte

<sup>46</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 296-297, [italiques ajoutés].

<sup>47</sup> Voir *supra*.

<sup>48</sup> Voir TPIUE, *Kadi II*, *op. cit.* note 13, pts. 85-89 (pour la position de la Commission) et pt. 104 (pour la position du Conseil).

communautaire<sup>49</sup>. Il en résulte que ces résolutions sont plus que de simples faits, et qu'elles accèdent à une dignité normative, aussi imparfaite soit-elle.

Les résolutions ne deviennent pas pour autant des sources de droit européen par la magie d'un renvoi opéré dans l'acte dont l'objet même est de les transposer ou mettre en œuvre<sup>50</sup>. En ce sens, leur normativité demeure imparfaite et c'est cette imperfection que la théorie de l'interprétation prolonge. En effet, s'il est vrai que la Cour recourt systématiquement aux résolutions pour dégager le sens de la norme européenne, il est tout autant vrai que ce n'est là qu'un moyen subsidiaire d'interprétation. Les résolutions faisant partie du contexte de la réglementation européenne et en nourrissant les objectifs, le juge se tournera vers elles après avoir fourni l'interprétation textuelle (et éventuellement plurilinguistique<sup>51</sup>) du texte européen. Le caractère subsidiaire de l'interprétation contextuelle et téléologique transparaît dans l'usage répétitif de termes comme "en outre" ou encore "également" :

« *En outre*, aux fins de l'interprétation du règlement n° 881/2002, il y a également lieu de tenir compte du texte et de l'objet de la résolution 1390 (2002) que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre »<sup>52</sup>.

L'impression créée à bon escient par le juge est qu'il ne se tourne vers les résolutions que pour appuyer et confirmer une connotation qu'il a dégagée par l'interprétation textuelle :

« Le libellé large et non équivoque de cette disposition [le paragraphe 2, sous a), de la résolution 1390 (2002)] *confirme* que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 881/2002 s'applique à toute mise à disposition d'une ressource économique et donc également à un acte, tel que celui en cause au principal (...) »<sup>53</sup>.

Il n'en reste pas moins que le recours aux résolutions n'en est pas pour autant facultatif : on en veut pour preuve – certes indirecte, mais bien solide – le fait que le juge y recourt systématiquement quand un problème d'interprétation se pose. Du reste, il se dégage de la jurisprudence une obligation d'interprétation conforme :

« Le dixième considérant du règlement n° 1432/92 indique que celui-ci a notamment pour objet d'assurer une mise en œuvre uniforme dans l'ensemble de la Communauté de certaines des mesures de la résolution 757 (1992). Il convient, par conséquent, de tenir compte du texte et de l'objet de celle-ci (...) aux fins de l'interprétation dudit règlement. Dès lors, *le règlement*

<sup>49</sup> CJCE, arrêts du 30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, *Rec.*, p. I-3953, pt. 14; du 27 février 1997, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, aff. C-177/95, *Rec.*, p. I-1111, pt. 20; du 11 octobre 2007, *Möllendorf et Möllendorf-Niehuus*, aff. C-117/06, *Rec.*, p. I-8361, pt. 54; *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, *op. cit.* note 12, pt. 297; CJUE, arrêts du 29 avril 2010, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, aff. C-340/08, *Rec.*, p. I-3913, pt. 45 ; 29 juin 2010, *E et F*, aff. C-550/09, non encore publié au *Recueil*, pt. 72, Grande Chambre, 16 novembre 2011, *Bank Mellî Iran c. Conseil*, *op. cit.* note 25, pt. 104, 21 décembre 2011, *Mohsen Afrasiabi et al.*, aff. C-72/11, pt. 43.

<sup>50</sup> Sur ce point, voir *supra* note 44.

<sup>51</sup> CJUE, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, *op. cit.* note 49, pts. 34-44.

<sup>52</sup> *Ibid.* pt. 45 [italiques ajoutées]. Voir aussi CJCE, *Gerda Möllendorf*, *op. cit.* note 49, pt. 54.

<sup>53</sup> CJCE, *Gerda Möllendorf*, *op. cit.* note 49, pt. 56 [italiques ajoutées].



PARTIE III. TITRE 2. L'UE FACE AUX « DROITS INTERNATIONAUX »

*n° 1432/92 ne doit pas faire l'objet d'une interprétation contraire aux dispositions de la résolution 757 (1992) »<sup>54</sup>.*

L'approche herméneutique de la Cour permet ainsi une interprétation *praeter legem*, ce qui laisse une place non négligeable aux résolutions, qui se glissent dans les ambiguïtés et les lacunes de la réglementation européenne, pour en guider le sens. Elles offrent en outre un élément de légitimation non négligeable pour une solution judiciaire qui risquerait autrement d'apparaître comme unilatérale et arbitraire<sup>55</sup>.

Il en allait ainsi dans l'affaire *M. et al. c. Her Majesty's Treasury*, où la Cour était appelée, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation, à préciser si l'interdiction de mettre à disposition des ressources financières aux personnes désignées dans les listes du Comité des sanctions 1267 (anti-Talibans), et dans les listes correspondantes de l'UE, s'étendait « aux prestations de sécurité sociale ou d'assistance versées par l'Etat à l'épouse d'une personne désignée [...], au seul motif que cette épouse vit avec la personne désignée et qu'elle destinera ou pourra destiner une partie de ces montants à l'achat de biens ou de services que la personne désignée consommera ou dont elle bénéficiera également »<sup>56</sup>. Les dispositions du règlement apparaissant comme peu claires et ses différentes versions linguistiques non concordantes, la Cour a choisi de s'appuyer sur les termes et surtout sur la finalité générale de la résolution de base, qui instaure le régime de sanctions :

« Compte tenu des divergences entre les versions linguistiques tant de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 881/2002 que du paragraphe 2, sous a), de la résolution 1390 (2002) ainsi constatées, il convient (...) d'interpréter l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 881/2002 en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont cette disposition constitue un élément et de tenir compte, dans ce cadre, de l'objet de la résolution 1390 (2002) »<sup>57</sup>.

Ainsi, plus que faire ressortir le contenu positif de la règle européenne, la Cour est amenée à vérifier, dans le cadre d'un test de dernier ressort, si sa propre interprétation n'est pas contraire aux termes et à l'économie générale des résolutions. C'est en ce sens qu'il faut lire les conclusions de la Cour dans la récente affaire *Bank Melli Iran*, où les requérants avaient invoqué le fait que la réglementation européenne, étant plus sévère et allant donc au-delà des sanctions

<sup>54</sup> CJCE, 9 mars 2006, *Aulinger*, aff. C-371/03, *Rec.*, pp. I-2235-2236, pt. 30, [italiques ajoutées]. Il est intéressant que ce *dicta* de la Cour vienne répondre aux arguments du Gouvernement allemand et de la Commission selon lesquels l'interprétation du règlement devait se faire indépendamment de celle de la résolution qu'il vise à mettre en œuvre : « La Bundesrepublik Deutschland soutient qu'il n'est pas nécessaire de savoir si la résolution 757 (1992) interdisait elle-même le transport fractionné car le législateur communautaire pouvait, le cas échéant, décider d'un embargo plus sévère compte tenu de la proximité géographique de la Communauté de la zone d'embargo. *L'interprétation du règlement n° 1432/92 devrait, par conséquent, se faire de manière autonome*, ce que défend, en substance, pour les mêmes raisons, la Commission. » (*ibid.* pt. 24, italiques ajoutées).

<sup>55</sup> Sur la problématique de l'interprétation décentralisée des résolutions, voir U. CANDAS et A. MIRON, *op. cit.* note 23, pp. 801-803 ou A. ORAKHELASHVILI, « Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions: UK Practice », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 3, 2010, pp. 823-842.

<sup>56</sup> CJUE, *M et al. c. Her Majesty's Treasury*, *op. cit.* note 49, pt. 32.

<sup>57</sup> *Ibid.* pt. 49.

imposées par le Conseil de sécurité, violait de ce fait le principe de proportionnalité. Constatant que les résolutions n'interdisent pas les sanctions autonomes, la Cour a conclu que l'absence d'interdiction vaut autorisation :

« Le Tribunal a considéré, au point 65 de l'arrêt attaqué, que le contenu et les objectifs de la résolution 1803 (2008) ne constituaient pas un critère au regard duquel la compatibilité de la décision litigieuse avec le principe de proportionnalité devait être appréciée. Cette affirmation doit être comprise à la lumière du texte de la résolution 1803 (2008), qui n'impose pas aux Etats des mesures précises, mais leur demande de faire preuve de vigilance, s'agissant des activités exercées par les institutions financières sises sur leur territoire, en particulier Bank Melli Iran, afin d'éviter que ces activités concourent à des activités posant un risque de prolifération nucléaire.

Un tel texte *n'interdit en aucune manière* aux Etats d'adopter des mesures concrètes de gel des fonds à l'égard de Bank Melli Iran »<sup>58</sup>.

Parfois la Cour procède à cette vérification d'une manière ostensible, à l'instar des passages de l'arrêt *Kadi I* où elle examine si la Charte lui interdit de contrôler les actes européens de mise en œuvre des résolutions et où elle constate qu'une telle interdiction n'est pas énoncée<sup>59</sup>. Le raisonnement suivi n'emporte pas la conviction, tant il est évident que la Cour se livre non pas à une démonstration, mais à un exercice de rhétorique. Ce faux syllogisme a paru nécessaire à la Cour, non pas pour justifier sa compétence de contrôle et surtout d'annulation de ces actes, qu'elle tire des traités fondateurs, mais afin de ne pas se voir reprocher de court-circuiter la mission du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Un artifice nécessaire aussi pour faire vivre la fiction que le contrôle sur les actes d'application n'atteint pas les résolutions elles-mêmes.

### § 3 – La fiction d'un contrôle limité aux actes européens de mise en œuvre

#### I – Les limites de la compétence juridictionnelle

Les arguments de la Cour pour écarter les conclusions à double détente du Tribunal, de l'existence d'un principe d'immunité juridictionnelle des règlements de mise en œuvre des résolutions prises sur la base du Chapitre VII et d'une exception limitée à un contrôle du respect des normes de *jus cogens* par ces résolutions, reposent sur une fiction<sup>60</sup> dans la tradition dualiste la plus orthodoxe. La Cour considère, à juste titre, que le contrôle et l'annulation du règlement ne mettent pas à l'épreuve la validité de la résolution, puisqu'à aucun moment le contrôle juridictionnel ne s'exerce sur la résolution :

<sup>58</sup> CJUE, *Bank Melli Iran*, *op. cit.* note 25, pts. 107-108 [italiques ajoutés].

<sup>59</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 298-299. Voir aussi *infra*.

<sup>60</sup> Dans son article classique sur la fiction en droit international, le Professeur J. SALMON définit ainsi ce procédé juridique : « [L]a fiction est un procédé de technique juridique par lequel on qualifie une situation, de manière contraire au réel, en vue de lui attribuer les conséquences juridiques découlant de la qualification » (« Le procédé de la fiction en droit international public », *RBDI*, 1974, p. 11).

PARTIE III. TITRE 2. L'UE FACE AUX « DROITS INTERNATIONAUX »

« A cet égard, il importe de souligner que (...) le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel »<sup>61</sup>.

Voilà une affirmation dont la logique formaliste (et dualiste) est difficilement contestable. Le dualisme vient du fait que la Cour n'a pas compétence pour annuler un acte qui ne s'insère pas dans son ordre juridique propre : c'est aussi vrai pour les traités internationaux et pour les actes unilatéraux d'autres organisations internationales, que pour les actes nationaux qui seraient incompatibles avec le droit européen. Point de compétence d'annulation – puisque ni les traités constitutifs de l'UE ne le prévoient, ni encore moins la Charte des Nations Unies<sup>62</sup> – point d'exercice direct du contrôle de validité.

Que la norme dont la violation est invoquée soit une norme de *jus cogens* ne change rien à la compétence du juge. La Cour internationale de justice, à plusieurs reprises ces dernières années, a écarté l'argument selon lequel, si l'action devant le juge vise à la protection d'une norme de *jus cogens*, le juge acquerrait une compétence qu'il n'aurait par ailleurs pas<sup>63</sup>. La Cour de Luxembourg, quand elle rejette la conclusion du Tribunal sur le contrôle du respect par le CSNU des normes du *jus cogens*, ne fait que resituer la problématique dans la perspective de la compétence statutaire du juge et s'insère, de ce point de vue, dans un courant jurisprudentiel de plus en plus solidement ancré<sup>64</sup> :

« [I]l n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le *jus cogens* »<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt 286.

<sup>62</sup> Sur le contrôle des résolutions du Conseil de sécurité, voir *inter alia* A. PELLET, « Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité ? », in SFDI, Colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective*, Pedone, Paris, 1995, pp. 221-238 ; V. BORE-EVENO, « Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international », *RGDIP*, vol. 100, n° 4, 2006, pp. 827-859 ; A. ORAKHELASHVILI, « The Acts of the Security Council : Meaning and Standard of Review », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, pp. 143-195 ; R. KOLB, « Le contrôle des résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies sous l'angle du respect du *jus cogens* », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 18, n° 5, 2008, pp. 401-411 ; J.-M. THOUVENIN, « Le juge international peut-il contrôler la légalité des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité ? », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 352-354.

<sup>63</sup> Voir CIJ, arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, *Rec.*, 1995, p. 102, § 29 ; 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, *Rec.*, 2006, pp. 32, § 64 et p. 52, § 125 ; 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante))*, § 95.

<sup>64</sup> Du point de vue de la politique judiciaire, l'on peut toutefois regretter l'absence de référence par la Cour de Luxembourg à cette jurisprudence de la CIJ, qui mettrait la CJUE à l'abri des critiques de provincialisme.

<sup>65</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 287.

Des auteurs, et des plus éminents, considèrent toutefois que le juge européen pourrait exercer un contrôle indirect, dans le cadre de l'exception d'illégalité<sup>66</sup>, et qu'il y a là une forme de compétence inhérente de tout juge pour mettre de côté les actes incompatibles avec les normes supérieures de son ordre. Des objections de deux ordres s'opposent toutefois à cette solution, autrement séduisante car étendant les pouvoirs d'un juge garant des droits fondamentaux. La première objection, qui est plutôt une interrogation, porte sur les normes de référence dans l'exercice d'un tel contrôle : le juge européen – pour ne prendre que l'exemple de celui-ci, mais la même question se poserait aussi pour les juges internes qui se hasarderait à un tel contrôle ou encore pour les cours régionales des droits de l'homme – vérifierait-il la compatibilité de la résolution avec les normes universelles – coutumières ou de la Charte – ou bien avec les normes constitutionnelles de son propre ordre? Le contrôle d'une norme universelle par rapport à une norme régionale (ou nationale), s'il peut éventuellement se justifier du point de vue de l'office du juge, est toutefois teinté de provincialisme<sup>67</sup>, ce qui ne peut que nuire à l'autorité de la décision. En outre, si l'on accepte le postulat dualiste, l'on se trouve face à un mélange inédit d'ordres juridiques, qui se traduit par une forme de monisme à la française inversé : ce n'est pas une loi nationale qui est confrontée à un acte international, mais la norme internationale à une norme européenne, érigée en norme constitutionnelle de l'ordre européen.

La seconde objection dérive de la même logique dualiste : elle vient du fait que l'on voit mal en vertu de quel principe un juge exercerait un contrôle de validité, fût-il indirect, à l'égard d'un acte juridique qui ne fait pas partie de son ordre juridique, et donc aux yeux duquel cet acte n'est qu'un fait, pour reprendre le dogme énoncé il y a fort longtemps par la Cour permanente de Justice internationale<sup>68</sup>.

Ce n'est donc que si le juge de Luxembourg considère que le droit de la Charte est intégré à l'ordre juridique européen qu'un contrôle des résolutions, même par la voie de l'exception, est possible. Or, à la lecture de la jurisprudence de la Cour, cette intégration est pour le moins incertaine : d'abord, la Cour est peu précise sur l'obligation pour l'UE de respecter les résolutions<sup>69</sup>. Et si elle s'interroge sur la place des résolutions dans l'ordre de l'Union, elle le fait au terme d'un raisonnement hypothétique et d'un argumentaire alternatif, comme si elle-même n'y croyait pas trop :

<sup>66</sup> A. PELLET, « Les rapports de systèmes après l'affaire *Kadi* – Constitutionnalisation du droit des Nations Unies ou triomphe du dualisme ? », *RMCEU*, n° 529, 2009, p. 417 ; R. PAVONI, « Freedom to Choose the Legal Means for Implementing UN Security Council Resolutions and the ECJ *Kadi* Judgment : a Misplaced Argument Hindering the Enforcement of International Law in the EC », *Yearbook of European Law* (2009), vol. 28, 2010, p. 631 ; L. CONDORELLI, « Le Conseil de sécurité, les sanctions ciblées et le respect des droits de l'homme », in L. BOISSON DE CHAZOURNES ET M. KOHEN (dir.), *International Law and the Quest for its Implementation: Le droit international et la quête de sa mise en œuvre Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 81.

<sup>67</sup> Voir *supra* note 11.

<sup>68</sup> CPJI, arrêt, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise (fond)*, Série A, N° 7, p. 19.

<sup>69</sup> Voir *supra*.

« Une immunité juridictionnelle du règlement litigieux (...) ne pourrait pas non plus être fondée sur la place qu'occuperaient les obligations découlant de la charte des Nations Unies dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire si ces obligations étaient classifiées dans cette hiérarchie »<sup>70</sup>.

## II – Les conséquences limitées de l'annulation

Dans l'argumentaire du juge, le postulat dualiste se double d'un formalisme excessif. Ce formalisme, sur lequel la Cour insiste par la répétition de l'assurance que l'annulation du règlement ne porte pas atteinte à la primauté des résolutions sur le plan international<sup>71</sup>, consiste en une exacerbation de l'effet restreint de l'annulation, qui n'affecte par principe que l'acte européen.

En pratique et malgré les dénégations de la Cour, l'annulation du règlement réduit l'efficacité de la résolution, en ce sens qu'elle l'empêche de produire les effets recherchés. Certes, validité et efficacité sont des concepts différents, mais une résolution inefficace, bien que formellement valide, est comme une coquille vide.

Force est toutefois d'admettre que la Cour a néanmoins tenté de préserver l'efficacité des résolutions : elle l'a fait entre autres en accentuant le *distinguo* entre contrôle du règlement et (non) contrôle des résolutions<sup>72</sup>. On ne saurait pour autant ignorer que, même sans opérer un contrôle de la légalité des résolutions, la Cour a néanmoins incriminé les insuffisances du système onusien en matière de protection des droits fondamentaux. Les arguments formels basés sur la séparation des ordres juridiques ont dû lui paraître insuffisants pour que sa décision d'annulation n'apparût comme une atteinte à l'édifice onusien. C'est pour apporter une assurance supplémentaire que la Cour a alors décrit un contexte de mise en œuvre bien loin de celui que le Conseil de sécurité et les institutions ont imaginé. Elle a ainsi postulé l'existence d'une marge d'appréciation dont les organes de mise en œuvre bénéficieraient, alors que les

<sup>70</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 305, [italiques ajoutés]. Voir aussi le pt. 307 où la Cour utilise encore le si-conditionnel pour (ne pas) apprécier la place de la Charte et des actes du Conseil de sécurité dans la hiérarchie européenne des normes : « Ainsi, en vertu de cette disposition [l'ex-article 307 du Traité], si elle était applicable à la charte des Nations Unies, cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé (...) ».

<sup>71</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 288, 300, 305. Voir aussi CJUE, *Bank Mellat Iran*, *op. cit.* note 25, pt. 105.

<sup>72</sup> Une autre solution, plus technique, pour éviter que l'ordre européen ne se trouve en directe violation des résolutions du Conseil, suite à l'annulation du règlement de mise en œuvre, a été de maintenir pendant au maximum trois mois ses effets en ce qui concerne M. Kadi, ce qui a laissé le temps au Conseil de prendre un nouvel acte d'inscription, tout en suivant la procédure prévue par la Cour. Les mérites de cette solution ayant été discutés par d'autres auteurs, on renvoie simplement à ces écrits (R. CHEMAIN, « Les "suites" de l'arrêt Kadi », *RMCE*, n° 529, 2009, p. 390 ; J. BAQUERO CRUZ, « La CJCE et le système onusien : la réception de l'arrêt *Kadi* de la Cour de justice des Communautés européennes » in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 115-141 ; U. CANDAS et A. MIRON, *op. cit.* note 23, pp. 796-800).

résolutions, et surtout le système de liste pratiqué par le Conseil<sup>73</sup>, leur laissent en fait peu de marge de manœuvre<sup>74</sup> :

« Il y a toutefois lieu de relever que la charte des Nations Unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, *cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU*. En effet, la charte des Nations Unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions »<sup>75</sup>.

La Cour ne s'explique pas plus sur l'étendue de cette présumée marge d'appréciation : une lecture littérale du passage cité de l'arrêt *Kadi*, qui se réfère aux *modalités* et aux *différents modèles possibles de réception*, laisserait entendre qu'il ne s'agit là que d'un choix purement formel, portant sur les types d'actes disponibles dans l'ordre interne (loi ou bien décret) et, par conséquent, sur les compétences respectives des autorités internes. Ce serait en quelque sorte l'équivalent de la théorie de l'autonomie procédurale que professe l'ordre de l'Union dans ses relations avec les ordres nationaux<sup>76</sup>. L'on doute toutefois que la Cour ait entendu limiter la portée de cette affirmation de principe à cet aspect purement procédural : il est plus probable que cette marge d'appréciation renvoie au respect, par les institutions, des droits fondamentaux, lorsqu'elles mettent en œuvre les résolutions et au contrôle par la Cour, de ce respect. L'arrêt *Bank Mellî* vient d'ailleurs de confirmer cette connotation substantielle de la marge d'appréciation :

« [U]ne obligation de "tenir dûment compte" des termes et des objectifs de la résolution concernée ne va en rien à l'encontre de la constatation que *le Conseil statue de manière autonome, dans le respect des règles de son propre ordre juridique* »<sup>77</sup>.

Au cœur de l'arrêt *Kadi II* du TPIUE<sup>78</sup> se trouve précisément la question épineuse de l'étendue de la marge d'appréciation dont jouissent les institutions et de l'étendue du contrôle juridictionnel. L'existence même d'un rapport de proportionnalité entre l'une et l'autre est sous le signe de l'incertitude. Les

<sup>73</sup> Sur le caractère individualisé du système des listes onusiennes, voir A. MIRON, « Les "sanctions ciblées" du Conseil de sécurité des Nations Unies. Réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de sécurité », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 358-361.

<sup>74</sup> Pour n'en mentionner que ces aspects, on note que l'obligation de geler les fonds et de restreindre la liberté de voyage des personnes qui se trouvent sur les listes des comités des sanctions est une obligation de résultat. Les exceptions prévues par les résolutions sont précisément définies, et pour la plupart, leur octroi fait l'objet d'un contrôle, préalable ou *a posteriori*, des comités.

<sup>75</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 298.

<sup>76</sup> G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 444. Cette théorie a des équivalents en droit international, puisque la Cour internationale de justice a jugé que l'Etat a le libre choix des moyens de mise en œuvre d'une obligation internationale dans son ordre interne (voir par exemple *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, § 137).

<sup>77</sup> CJUE, *Bank Mellî Iran*, *op. cit.* note 25, pt. 106.

<sup>78</sup> TPIUE, *Kadi II*, *op. cit.* note 13, pts. 49-62.

institutions, ainsi que le Tribunal d'ailleurs<sup>79</sup>, se demandent si le juge européen peut effectuer un contrôle de fond – donc du bien-fondé de l'inscription sur la liste de telle ou telle personne, à l'origine de laquelle se trouve le comité des sanctions – sans que cela ne remette en cause l'autorité des actes du comité, et donc du Conseil de sécurité<sup>80</sup>. Reste à voir si la Cour, saisie d'un pourvoi dans *Kadi II*<sup>81</sup>, maintiendra cette fiction, qui résiste mal à l'épreuve des faits ou si elle en tirera des conséquences juridiques plus précises.

#### § 4 – Les mécanismes de coordination écartés

La jurisprudence *Kadi I*, confirmée avec persévérance<sup>82</sup>, laisse l'impression que la Cour de Luxembourg est de plus en plus réticente à accueillir des arguments de droit international pour contester la légalité du droit dérivé, impression confirmée par des arrêts ultérieurs, rendus en Grande chambre, qui limitent l'invocabilité des dispositions conventionnelles internationales<sup>83</sup>. Ce n'est donc pas par le biais de l'invocabilité de la résolution et de son application par le juge européen que l'harmonisation des obligations internationales et européennes est à réaliser. Or on ne saurait trop souligner combien l'harmonisation – au sens premier d'*accord* – est la condition de la coexistence d'ordres juridiques séparés, mais non autarciques. Le droit a encore plus horreur de la contradiction que du vide. Et si l'on peut envisager l'existence de commandements contradictoires, il n'en va pas de même pour les obéissances.

Du coup, la Cour insiste sur les alternatives pour contourner le risque d'un conflit d'obligations : le principe de l'interprétation conforme<sup>84</sup>, l'injonction faite aux institutions de respecter à la fois les principes fondamentaux (européens) et les obligations de la Charte, injonction qui se fonde sur la fiction de l'existence d'une marge d'appréciation pour les institutions<sup>85</sup> ou encore le maintien des effets d'un règlement annulé<sup>86</sup>. Il faut toutefois reconnaître que, parmi ces solutions, la première est aléatoire, la deuxième est chimérique et la troisième temporaire. En revanche, la Cour a écarté les deux mécanismes généraux de coordination prévus par le droit conventionnel : ni l'article 103 de la Charte, ni l'article 351 TFUE (ancien 307) n'ont été considérés comme applicables en

<sup>79</sup> *Ibid.* pt. 116.

<sup>80</sup> *Ibid.* pts. 114-116. Voir aussi P. BEAUVAIS, « L'interaction normative dans le champ pénal. L'exemple de la lutte contre le terrorisme », in *Droit de l'Union européenne et droit international. Les interactions normatives*, *op. cit.* note 1, p. 306.

<sup>81</sup> Voir *supra* note 13.

<sup>82</sup> Voir CJUE, 3 décembre 2009, *Hassan et Ayadi c. Conseil et Commission*, aff. jointes C-399/06 P et C-403/06 P, *Rec.*, p. I-11393 ; *Bank Mellî Iran*, *op. cit.* note 25.

<sup>83</sup> Voir les arrêts CJCE, *Intertanko*, *op. cit.* note 22 et CJUE, *Air Transport Association of America op. cit.* note 27. Il faut remarquer toutefois que la Cour est plus libérale à l'égard de l'invocabilité des dispositions coutumières (voir dans cet ouvrage, A. SOUSSAN, « Coutume internationale et droit de l'Union européenne », *supra*, Partie III, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

<sup>84</sup> Voir *supra*.

<sup>85</sup> Voir *supra*.

<sup>86</sup> Voir *supra*, note 73.

l'espèce, puisque leur *imperio* ne s'étend pas, selon la Cour, aux principes constitutionnels de protection des droits fondamentaux<sup>87</sup>. Restait l'hypothèse d'une déférence courtoise à l'ordre onusien, à condition qu'il puisse être considéré comme assurant une protection équivalente des droits fondamentaux, *quod non*, du moins à ce stade.

#### I – La mise à l'écart des mécanismes conventionnels de coordination des ordres juridiques

Si la Charte et les traités UE restent, formellement, des conventions internationales, leur dessein constitutionnel est de plus en plus enraciné, ce qui s'affirme notamment par des prétentions parallèles à la suprématie : l'article 103 de la Charte d'une part, le principe de la primauté du droit européen d'autre part. Ces deux prétentions, bien que s'exerçant dans des ordres juridiques différents, peuvent toutefois rentrer en collision. Les affaires liées aux listes européennes d'exécution des listes onusiennes<sup>88</sup> sont l'incarnation même de ce phénomène.

La Cour a écarté toute effectivité directe de l'article 103 de la Charte<sup>89</sup> : si elle envisage une potentielle application dans l'ordre européen, elle ne l'y fait rentrer que sur la base de l'ancien article 300, paragraphe 7 TCE (actuel 216, paragraphe 2 TFUE) :

« En effet, l'article 300, paragraphe 7, CE prévoit que les accords conclus selon les conditions fixées à cet article lient les institutions de la Communauté et les Etats membres.

Ainsi, en vertu de cette disposition, si elle était applicable à la charte des Nations Unies, cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé »<sup>90</sup>.

Ce faisant la Cour s'abrite à nouveau derrière la logique dualiste<sup>91</sup>, le but transparent de ce stratagème étant d'affirmer aussitôt la suprématie du droit

<sup>87</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 304-305.

<sup>88</sup> Par opposition aux listes autonomes de l'UE, qui posent moins de défis de coordination des ordres juridiques (sur cette distinction entre listes autonomes et listes d'exécution, voir les références de la note 36).

<sup>89</sup> L'article 103 de la Charte a été invoqué à la fois pour situer les résolutions au sommet de la hiérarchie des normes (européennes) et pour justifier l'immunité juridictionnelle des actes de mise en œuvre. Sur la portée de l'article 103 de la Charte, voir R. LIIVOJA, "The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter", *ICLQ*, vol 57, July 2008 pp. 583-612 ; A. TOUBLANC, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 108, n° 2, pp. 439-462. Sur le contournement, par la Cour, des arguments fondés sur l'article 103, voir, *inter alia*, P. D'ARGENT, « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *Journal de droit européen*, 2008, p. 266).

<sup>90</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 306 et 307. Pour une interprétation de cette disposition favorable à l'applicabilité des conventions internationales, voir CJCE, 30 avril 1974, *Soc. Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.*, p. 449, spéc. pt. 5.

<sup>91</sup> Ou, si l'on veut, un monisme constitutionnel à la française en vertu duquel les institutions de l'Union européenne appliqueraient des normes internationales, mais « s'il en va ainsi ce n'est pas en vertu d'une norme supérieure enracinée dans le droit international, mais par la grâce des dispositions de la Constitution elle-même » (A. PELLET, « Vous avez dit "monisme" ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 828).



primaire européen, non pas dans son ensemble, mais « en particulier, [des] principes généraux dont font partie les droits fondamentaux »<sup>92</sup>. Certes, dans la poursuite de sa démonstration, la Cour tente de démontrer que les arguments de droit international pur ne la conduiraient pas à une conclusion différente. Elle procède ainsi à distinguer l'hypothèse de *Kadi* de celle des affaires *Behrami* et *Saramati* de la Cour EDH<sup>93</sup>, en arguant qu'à la différence de celles-ci, « le règlement litigieux ne saurait être considéré comme constituant un acte directement imputable à l'ONU »<sup>94</sup>. Ce faisant, la Cour suggère à nouveau que les institutions bénéficiaient d'une marge d'appréciation dans la reprise des listes onusiennes<sup>95</sup>, et sur la base de cette logique, elle renvoie à l'affaire *Bosphorus*<sup>96</sup>, où les autorités irlandaises avaient saisi un aéronef afin de mettre en œuvre l'embargo à l'encontre de l'ex-Yougoslavie. Le parallèle est toutefois trompeur, car dans *Bosphorus* les autorités nationales bénéficiaient en effet d'une marge d'appréciation, puisqu'il leur revenait de déterminer le champ d'application *ratione personae* des sanctions. Et la Cour de répéter le mantra de l'autonomie de l'ordre de l'Union et la complétude de ses voies juridiques<sup>97</sup>.

Les choses ne seraient pas bien graves si seule la relation entre l'Union européenne et les Nations Unies était concernée : comme ni le droit international ni le droit européen, tel que dit par la Cour, n'établit avec certitude si l'Union est liée par les résolutions<sup>98</sup>, le risque d'une contradiction d'obligations est ainsi conjuré ou, du moins, reste à établir. En revanche, du côté des Etats membres, il n'y a point d'incertitude qui tienne : non seulement ils sont liés à la fois par le droit de la Charte et par le droit de l'Union, mais, en outre, la prétention de prééminence du premier, telle qu'exprimée par l'article 103 de la Charte, est pleinement invocable. La Cour en est bien consciente et son raisonnement acrobatique s'explique aussi par la volonté de préserver la primauté du droit européen, sans mettre les Etats dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations onusiennes.

L'article 351, alinéa 1, du TFUE (ancien article 307) est *a priori* là pour préserver la position des Etats membres. En vertu de cette disposition, l'Union a l'obligation « de ne pas entraver l'exécution des engagements des Etats membres découlant d'une convention antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1958 », même si la portée de cette disposition est limitée, en ce sens « que cette obligation des institutions vise à permettre aux Etats membres concernés d'observer les engagements qui leur incombent en vertu d'une convention antérieure, *sans pour autant lier l'Union à l'égard des Etats tiers parties à cette convention* »<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 308.

<sup>93</sup> Pour comprendre les similitudes et différences qui séparent ces affaires, Voir M. FORTEAU, *op. cit.* note 12; J-P. JACQUÉ, « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *RTDE*, vol. 45, n° 1, 2009, pp. 161-179.

<sup>94</sup> *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pt. 314.

<sup>95</sup> Voir *supra*.

<sup>96</sup> CJCE, arrêt du 30 juillet 1996, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, aff. C-84/95, *Rec.*, p. I-3953.

<sup>97</sup> *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 315-317.

<sup>98</sup> Voir *supra*.

<sup>99</sup> CJUE, *Air Transport Association of America*, *op. cit.* note 27, pt. 61.

Mais l'article 351 TFUE ne saurait être considéré comme un article relatif à la hiérarchie des normes dans l'ordre européen ; il n'est qu'un mécanisme conventionnel de coordination entre les obligations internationales et européennes des Etats membres. Par conséquent, son invocation dans l'affaire *Kadi I*<sup>100</sup> à l'appui de la légalité d'un acte des institutions, et aux fins de faire prévaloir une résolution du Conseil de sécurité sur les principes généraux de droit européens, ne va pas de soi. Comme l'observait E. Cannizzaro :

« [W]hereas the Member States may invoke their obligation under the UN Charter in order to justify conduct inconsistent with the EC Treaty, it is highly doubtful that the EC can invoke obligations of the Member States in order to override limits on its actions established by the EC Treaty. A different conclusion would be tantamount to saying that, under Art. 307 of the EC Treaty, the existence of international obligations of the Member States allows the EC to act beyond the limits of its competence. This is a result which cannot be easily drawn from Art. 307 of the EC Treaty »<sup>101</sup>.

En outre, les Etats gardent la possibilité de renationaliser la politique de mise en œuvre des sanctions. Comme nous avons pu le noter ailleurs, « [l']article 351 TFUE peut également servir aux Etats de base pour appliquer des mesures au niveau national, dans l'éventualité d'une annulation de l'acte européen d'exécution des sanctions par les juridictions de l'UE. En revanche, l'article 351 ne signifie pas qu'en cas d'annulation de l'acte européen, les Etats membres retrouvent une liberté d'action absolue. Dans la mesure où la mise en œuvre des sanctions ciblées est intégrée dans le champ de compétence UE, les Etats membres sont soumis aux mêmes règles de protection des droits fondamentaux que les institutions de l'UE elles-mêmes. Par conséquent, en cas d'annulation d'un acte européen d'exécution des sanctions, au motif qu'il viole les droits fondamentaux, "les Etats membres ne pourraient pas adopter ces mêmes mesures sans méconnaître, pour autant que ces mesures relèvent du champ d'application du droit communautaire, les droits fondamentaux protégés par la Cour" »<sup>102</sup><sup>103</sup>.

La Cour avait certes déjà admis, dans l'affaire *Centro-Com*, la possibilité pour les Etats membres de déroger même au droit primaire (en l'occurrence, la politique commerciale commune)<sup>104</sup> au motif d'obligations découlant de la Charte ONU. La Cour ne remet pas en cause cette jurisprudence dans *Kadi I*<sup>105</sup>, mais la précise, en déniaut aux Etats membres toute possibilité de s'affranchir des PGD propres à l'ordre européen au nom du respect des résolutions<sup>106</sup>. La Cour précise ainsi sa jurisprudence antérieure, en ce qu'elle instaure une immunité constitutionnelle au sein du noyau dur de l'acquis, quelle que soit l'obligation internationale incombant aux Etats membres. Et c'est à ces derniers

<sup>100</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 301 et 304.

<sup>101</sup> E. CANNIZZARO, « A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law », *International Organizations Law Review*, vol. 3, n° 2, 2006, p. 189.

<sup>102</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro dans l'affaire *Kadi I*, *op. cit.* note 6, § 30.

<sup>103</sup> U. CANDAŞ et A. MIRON, *op. cit.* note 23, p. 779.

<sup>104</sup> CJCE, 14 janvier 1997, *Centro-Com*, aff. C-124/95, *Rec.*, p. I-81, pts. 57-58.

<sup>105</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* pt. 301.

<sup>106</sup> *Ibid.* pt. 304.

qu'il incombe d'assumer « la responsabilité de minimiser le risque de conflit entre l'ordre juridique communautaire et le droit international »<sup>107</sup>.

En renvoyant implicitement – à la suite de l'Avocat général qui l'avait fait explicitement – aux Etats membres la responsabilité de concilier les obligations relatives aux droits fondamentaux et les obligations de la Charte, la Cour prend le risque que ceux-ci renationalisent la mise en œuvre des sanctions. Cette perspective ne saurait pourtant lui être trop agréable, quand on sait combien l'ordre européen se développe, matériellement, par l'exercice et la préemption des compétences. L'on ne peut toutefois exclure que les Etats empruntent cette voie si la Cour décidait, dans *Kadi II* notamment, de procéder à un contrôle complet de l'inscription sur les listes, incluant l'analyse du bien-fondé et des éléments de preuve au support de cette inscription. A moins qu'entre-temps les Nations Unies n'aient prévu un mécanisme de protection équivalente, qui permette au juge de déléguer au niveau onusien le contrôle du respect des droits fondamentaux.

## II – Une applicabilité ajournée de la théorie de l'équivalence de protection

La Cour ayant écarté l'argument de la primauté des résolutions dans l'ordre européen, ainsi que le mécanisme de coordination entre obligations conventionnelles contradictoires de l'article 351, l'annulation du règlement a pu apparaître comme une affirmation sans nuance de la suprématie de l'ordre constitutionnel européen et d'un contrôle inconditionnel du juge sur les actes sous sa *jurisdictio*. Mais il ne faut pas occulter le fait que la Cour a laissé la porte ouverte à une application de la théorie de l'équivalence de protection (ou *Solange*)<sup>108</sup> dans les rapports entre l'ordre de l'Union et celui des Nations Unies.

<sup>107</sup> Conclusions de l'Avocat général Poiras Maduro dans l'affaire *Kadi I*, *op. cit.* note 6, § 32.

<sup>108</sup> Pour rappel, la théorie dite "Solange" se réfère à deux décisions de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*). Par la première, du 29 mai 1974, le juge de Karlsruhe avait averti qu'il se chargerait de contrôler le droit dérivé obligatoire de la Communauté économique européenne par rapport aux droits fondamentaux, tels que protégés par la Constitution allemande, aussi longtemps que l'ordre communautaire ne prévoirait, en son sein, un mécanisme de protection équivalente. La décision dite *Solange II* du 22 octobre 1986 instaure la trêve entre Karlsruhe et Luxembourg, puisqu'elle avait considéré que : « Aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé » (traduction non officielle, disponible dans le *Rapport du Sénat sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne*, 26 novembre 2009, à l'adresse : <http://www.senat.fr/rap/r09-119/r09-119.html>). L'expression "équivalence de protection", renvoyant à une théorie apparentée à *Solange*, s'est imposée dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour EDH sur les rapports entre l'ordre de la Convention et celui de l'Union européenne (voir Commission européenne des droits de l'homme, décision du 9 février 1990, *M. & Co c. RFA*, Req. n° 13258/87, *D.R.*, vol. 64, p. 153). Dans *Bosphorus*, la Cour de Strasbourg précisait : « Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter les obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation. Pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste. Dans un tel cas, le rôle de la

Certes, bien que la Cour n'ait pas mis en avant d'une manière explicite la logique *Solange*, il n'en reste pas moins que certains passages de l'arrêt pointent en cette direction. A l'argument de l'existence d'un mécanisme de recours administratif devant le comité des sanctions<sup>109</sup>, suffisamment protecteur des droits de la défense, la Cour a répondu :

« En tout état de cause, l'existence, dans le cadre de ce régime des Nations Unies, de la procédure de réexamen devant le comité des sanctions (...) ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté.

En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle »<sup>110</sup>.

En acceptant d'aborder l'argument et de considérer le niveau de protection assuré par le niveau onusien, en concluant que l'immunité juridictionnelle n'apparaît pas comme justifiée (ce qui implique, en théorie, qu'elle est possible), la Cour laisse entendre que, si un jour l'examen de l'état de la protection par l'ONU des droits des personnes ciblées par les sanctions lui apparaît globalement satisfaisant<sup>111</sup>, elle pourrait alors, à l'instar de la Cour de Strasbourg ou de la Cour de Karlsruhe, retenir sa compétence de contrôle et en déférer au niveau onusien.

Que ces passages puissent être lus en ce sens, nous n'en doutons pas. L'arrêt *Kadi I* dans son ensemble est assurément le *Solange I* des rapports entre l'UE et l'ONU, la Cour ayant clairement exprimé une réserve de contrôle par rapport à certains principes constitutionnels<sup>112</sup>. L'on ne saurait toutefois oublier que,

---

Convention en tant qu'"instrument constitutionnel de l'ordre public européen" l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale. » (30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, Requête n° 45036/98, § 156 ; pour une confirmation de cette jurisprudence, voir CEDH, décision relative à la recevabilité, 20 janvier 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*, Requête n° 13645/05- disponible uniquement en anglais). Sur ces précédents jurisprudentiels, voir N. LAVRANOS, « The *Solange*-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals », *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 30, 2008, pp. 275-334 ; E. TSALPATOUROS, « Le précédent de la résistance des juges internes au droit communautaire », *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 403-408 ; M. PARRAS et F. JAVIER, « Retour sur *Kadi* : de la nécessité d'une jurisprudence de type *Solange I* dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *CDE*, vol. 46, n° 5-6, 2010, pp. 683-729 ; A. TZANAKOPOULOS, « Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the *Solange* Argument », in O.K. FAUCHALD et A. NOLLKAEMPER (dir.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, 2012, pp. 185-215.

<sup>109</sup> CJCE, *Kadi I*, *op. cit.* note 12, pts. 318-319.

<sup>110</sup> *Ibid.* pts. 321-322.

<sup>111</sup> On insiste dessus, car on doute que la Cour réclame une protection en tous points équivalente. Outre le fait que la logique même de la théorie *Solange* se base sur une appréciation globale de l'équivalence de protection des droits fondamentaux, l'interprétation *a contrario* de "manifestement" au point 322 de l'arrêt *Kadi I* permet de conclure dans ce sens.

<sup>112</sup> La Professeure L. BOURGOGNE-LARSEN avance la même interprétation pour la position du TPICE relative à un contrôle exceptionnel des résolutions par rapport au *jus cogens* (*op. cit.* note 10, pp. 273-276.)

les réformes ou l'activisme judiciaire aidant, *Solange I* mène à *Solange II*<sup>113</sup>. De ce point de vue, l'arrêt *Kadi I* est à la fois un avertissement et une promesse<sup>114</sup>.

Il faut admettre que l'avertissement a été entendu, puisque, à la suite de l'arrêt de 2008, le Conseil de sécurité a réformé le système, en mettant notamment en place un mécanisme de recours devant un médiateur<sup>115</sup>. Ces réformes seraient-elles suffisantes pour que l'arrêt *Kadi II*, attendu pour 2012, prenne des allures de *Solange II*? Rien n'est moins certain<sup>116</sup>.

Les réformes consenties sont insuffisantes à plus d'un titre : un médiateur dont l'avis favorable à la radiation ne lie pas le comité des sanctions n'est, selon toute logique, pas l'équivalent d'un recours juridictionnel<sup>117</sup>. L'activisme du premier Médiateur nommé par le Conseil de sécurité, Mme Kimberley Prost<sup>118</sup>, ne saurait pallier cette limitation statutaire. En outre, les droits de la défense sont toujours mal protégés : qu'il s'agisse du droit d'être informé des griefs reprochés, de se voir transmettre les éléments de preuve (à charge ou à décharge) et du principe du contradictoire, leur garantie est toujours embryonnaire. Enfin, et sans vouloir être exhaustif, le Médiateur n'est à ce jour compétent que pour les listes du comité 1267 (anti-Al-Qaida), le régime le plus long et quantitativement le plus important. Mais il y a aujourd'hui douze régimes de sanction<sup>119</sup>, et pour les onze autres le Médiateur n'a aucune compétence, alors qu'ils s'imposent avec la même force obligatoire pour les Etats membres.

Au regard de ces insuffisances, il est peu probable que la Cour considère que le système des Nations Unies assure une protection globalement équivalente à celle de l'ordre européen. L'on ne peut toutefois exclure la possibilité que la Cour impose le recours auprès du Médiateur comme une voie à épuiser avant la saisine du juge européen, soit par application d'un avatar de la théorie du *forum non conveniens* – la radiation au niveau de l'ONU est certainement plus efficace que la radiation d'une liste européenne, qui n'est que partielle et potentiellement

<sup>113</sup> Voir *supra*, note 108.

<sup>114</sup> Certains auteurs ont exprimé des doutes quant à une promesse de type *Solange II* de l'arrêt *Kadi I* : voir D. HALBERSTAM et E. STEIN, « The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order », *CMLR*, vol. 46, n° 1, 2009, p. 60. En sens contraire, voir B. KUNOY et A. DAWES, « Plate Tectonics in Luxembourg: The *ménage à trois* between EC Law, International Law and the European Convention on Human Rights following the UN Sanctions Cases », *ibid.* p. 81 ; L. VAN DEN HERIK and N. SCHRIJVER, « Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat », *International Organizations Law Review*, vol. 5, 2008, p. 335.

<sup>115</sup> Le Bureau de Médiateur a été créé par la résolution 1904 (2009) du Conseil de sécurité adoptée le 17 décembre 2009. Son mandat a été étendu par la résolution 1989 (2011), adoptée le 17 juin 2011.

<sup>116</sup> Le TPIUE (*Kadi II*, *op. cit.* note 13, pt. 128), à l'instar de la Cour suprême du Royaume-Uni (Cour suprême du Royaume-Uni, 4 février 2010, *HM Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)*, [2010] UKSC 2 & 5, UKSC 2009/0016, § 78), a répondu par la négative.

<sup>117</sup> Voir Cour EDH, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, Requêtes n° 5947/72 ; 6205/73 ; 7052/75 ; 7061/75 ; 7107/75 ; 7113/75 ; 7136/75, 25 mars 1983, Série A, N° 61, §§ 54 et 114-115.

<sup>118</sup> Consulter le site du Bureau de Médiateur pour un décompte des procédures engagées, ainsi que leur état d'avancement : <http://www.un.org/fr/sc/ombudsperson/status.shtml>. Diverses déclarations et les rapports soumis au Conseil de sécurité, disponibles à la même adresse, témoignent également du dynamisme du Médiateur dans l'accomplissement de la mission impartie.

<sup>119</sup> Voir les sites des comités des sanctions : <http://www.un.org/french/sc/committees/>.

inefficace, au regard de la compétence retenue des Etats<sup>120</sup> – soit par l'application, *mutatis mutandis*, d'une règle de l'épuisement des recours administratifs avant l'engagement des recours judiciaires.

Les rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et celui des Nations Unies, tels que reflétés (ou constitués ?) par la jurisprudence de la Cour de justice, tiennent aujourd'hui plus d'un *modus vivendi* que d'un tableau immuable. L'application originale des théories classiques relatives aux rapports des systèmes, qui va de l'endossement catégorique d'une posture dualiste à l'énonciation hypothétique et subsidiaire d'un raisonnement moniste, les tentatives industrielles de conciliation d'obligations contradictoires, les voies implicitement suggérées pour permettre une coexistence harmonieuse des ordres juridiques, sont autant de signes qui montrent que le point d'équilibre n'est pas atteint, mais aussi que le point de non-retour a été dépassé. L'étude de la place des résolutions dans l'ordre de l'Union demeure certainement une affaire à suivre.

### *Bibliographie sélective*

L'on signalera d'abord deux numéros de revues dédiés aux implications de l'affaire *Kadi*. Les diverses contributions publiées dans ces revues, auxquelles nous faisons souvent référence dans nos notes, ne sont pas listées individuellement dans cette bibliographie : *Actes du Colloque du CEDIN sur la rencontre des droits (international, communautaire, interne)*, *RMCUE*, n° 529, 2009, pp. 352-418 ; *Challenging EU Counter-Terrorism Measures before the Courts: An Assessment of the Kadi Judgment*, *Yearbook of European Law* (2009), vol. 28, n° 1, publié en 2010, pp. 533-697 ; J. BAQUERO CRUZ, « La CJCE et le système onusien : la réception de l'arrêt *Kadi* de la Cour de justice des Communautés européennes », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 115-141 ; U. CANDAS, A. MIRON, « Assonances et dissonances dans la mise en œuvre des sanctions ciblées onusiennes par l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux », *JDI*, n° 3, 2011, pp. 769-804 ; G. DE BÚRCA, « The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi* », *Harvard International Law Journal*, vol. 1, No. 51, 2010, pp. 1-49 ; D. HALBERSTAM, E. STEIN, « The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order », *CMLR*, vol. 46, n° 1, 2009, pp. 13-72 ; H. LABAYLE, R. MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme. Les *black lists* de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 231-265 ; V. MICHEL, J.-M. THOUVENIN, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat », *LPA*, 1 février 2010, n° 22, pp. 11-20.

---

<sup>120</sup> Voir *supra*.